

“五四宪法”基本权利的国家建构功能

于文豪

内容提要:完成社会主义国家建构是支配“五四宪法”的核心目标。在此目标的支配下,“五四宪法”的基本权利规范蕴含明确的政治指向和强制色彩,它不仅具有公民权利的属性,而且要配合政治现实的需要。“五四宪法”将革命建国的目标法律化,基本权利规范相应要服从以国家建构为核心的政治过程,发挥对不同群体的价值规训与统一功能。然而,片面强调革命建国的政治目标,则使宪法实践出现畸形。当我们走出革命的国家观,国家正当性的依据就要从革命胜利这一历史事实转化成宪法成立这一法律行为。为此要倡导基本权利的主观权利功能,构建个人与国家受宪法和法律支配的新型秩序。

关键词:国家建构 “五四宪法” 基本权利 主观权利 宪法秩序

于文豪,中央财经大学法学院讲师。

一 引言:基本权利的国家建构功能

宪法作为“一个地域内的政治统治在法律上应该服从的那些规则”,^[1]总是要从其固有的历史传统、文化心理和政治实践的土壤中生发,在对各种外来的理念思想、制度经验和可能图景的不断反思与扬弃中成长。在中国,现代意义上宪法实践的历史不过刚满一个世纪,但正式颁行的宪法或宪法性文件不下十部,^[2]期间更是经历了从资本主义宪法到社会主义宪法的转型。在中国宪法发展百余年历史的中间节点颁行的1954年宪法(下称“五四宪法”)具有相当重要的地位,不仅因为它是中国历史上第一部社会主义类型的宪法,而且因为它开启了宪法立国、宪法治国的新途。因此,思考中国宪法的发展,“五四宪法”是一个具有特殊典型意义的观察对象。

客观来说,“五四宪法”的制定过程具有相当程度的民主正当性,字词文句的精雕细

[1] [德]迪特儿·格林著:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第2页。

[2] 相关文本,参见王培英主编:《中国宪法文献通编》,中国民主法制出版社2004年版。

琢也足显科学精神,其文本规范迄今仍有现实意义。然而,这部制定良好的宪法仅运行三年就被束之高阁。这让人唏嘘,也值得我们深思。反思的角度可以无限多,本文主要从“五四宪法”中的基本权利规范出发,探讨其背后的观念与功能体系。本文将要论证,在完成社会主义国家建构的核心目标导引下,“五四宪法”的基本权利规范既体现了立宪主义的精神,也有与“革命建国”相适应的权力逻辑。国家建构目标的导入使基本权利规范蕴含了明显的政治指向和强制色彩,使基本权利不仅具有公民权利的属性,而且要服从和服务于政治现实的需要。为此,基本权利保护有赖国家权力的自谦、自觉和主动运行,同时公民应当抽象地看待基本权利,以与国家和集体协调一致的方式行使基本权利,使个体的基本权利具有团体权力的效果。

“五四宪法”第85条至第99条规定的基本权利类型颇为丰富,相比德国、美国、日本等主要国家的宪法文件并不逊色,但其效力有自身特点。在一般意义上,宪法规定基本权利的首要目的是防范国家公权力的侵犯,即所谓防御权功能,这是各种类型的基本权利均具有的一种功能。某些基本权利还具有请求国家给付的受益权功能以及客观价值秩序功能。这三种功能都表明,基本权利是向国家提出的主张,对应的总是国家义务,“是对国家行为的限定和约束”。^{〔3〕}不过,“五四宪法”的基本权利规范对上述三种功能的体现并不明显。“五四宪法”主要以宣告式规范来规定基本权利,即采用“公民有……的权利”的句式,宣示国家对基本权利负有积极的保护义务。除人身自由和住宅采用了“不受侵犯”的表述外,其他条款并没有突出禁止国家非法干预的内涵。其实,即便这两项基本权利,仅从“不受侵犯”的表述亦难直接得出国家的消极义务。

某种意义上,“五四宪法”中的基本权利的防范对象和义务主体不是国家,而是个人。不是公民通过基本权利来防范国家对个人的干预,而是国家防范个人对基本权利的侵犯。在外形上,这种功能结构与德国的“基本权利第三人效力”理论有近似之处,然而本质大不相同。“第三人效力”处理的问题是,当公民面对个人而非国家的干预时,得以援引宪法上的基本权利条款寻求保护,从而使得包括国家与社会组织、私人在内的各种主体都受到基本权利的约束。而在“五四宪法”中,基本权利的功能着眼于国家的积极保护义务,国家赋予公民基本权利,也为之提供庇护。由于国家与个人等社会主体的根本利益在理论上是完全一致的,个人利益的实现就取决于其与国家的协同程度。作为基本权利主体的公民,其个体身份隐匿于国家之中,公民的基本权利实践实际上转化为国家的权力运行。这使得“五四宪法”中的基本权利呈现出一定的权力色彩。

具体来说,“五四宪法”中的基本权利规范主要通过如下方式发挥国家建构功能。第一,基本权利的主体是限定了的,公民固然是宪法写明的权利主体,但受到人民这一政治概念的制约。成为基本权利主体意味着国家对其政治地位的认可。第二,基本权利的行使目的不在于约束国家,实际上宪法的功能也主要不是限制国家权力,而是构造国家。基本权利仍具有对抗性,或者称为防御权功能,但对抗与防御的对象不是公权力,而是那些对立阶级的个人,即国家的敌人。第三,基本权利的功能受制于立宪目的,即便某些权利

〔3〕 张翔著:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第33页。

规范具有拘束公权力的可能空间,也要受制于国家目标而服从和服务于公权力意志,从而作为一种私人化的公权力而致力于维持国家秩序的稳定,发挥团结群众的政治动员功能。

二 双阶的国家建构:从政治立国到宪法建国

从立宪发生学角度来说,作为经历长期革命战争之后制定的新型宪法,“五四宪法”的价值体系和制度设计脱离不了特定的时代背景。1954 年制宪是在《共同纲领》并未面临根本困境的前提下启动的。如果说《共同纲领》是对政治立国的确认,那么“五四宪法”就是宪法建国的实践。在新民主主义社会向社会主义社会转折的政治关口上,“五四宪法”承前启后,与《共同纲领》共同书写了国家建构的双阶逻辑。

(一)新中国立宪的革命逻辑

自 1908 年《钦定宪法大纲》颁布以来,中国历次立宪活动都伴随特定的政治诉求。早在清末,立宪法、兴议院的核心目的就是治乱富国、强兵自主。“事实上,‘富强’不仅是一百多年来中国社会革命和改革的关键词,更是法制变革的驱动力,也是立宪与行宪最为重要的动力之一。”^{〔4〕}清末维新派代表人物郑观应的叙述很有代表性:“有国者苟欲攘外,亟须自强;欲自强,必先致富;欲致富,必首在振工商;欲振工商,必先讲求学校、速立宪法、尊重道德、改良政治。”^{〔5〕}由此可见,法律系统的变革是经济变革和政治变革的先导,是服务于经济并从根本上服从于政治需要的。

新中国政权建立在革命胜利的事实基础之上。建政初期的立宪活动除延续革命主题之外,进一步地将国家建构纳入其中,通过革命建立国家成为“五四宪法”要服从和服务的政治诉求。宪法是对民主事实的确认,而民主则来自于打破了旧世界的成功革命。革命成功是制宪的实践基础,巩固革命胜利的果实从而建国是宪法要完成的任务,这一认识在制宪者的思维中具有支配地位。毛泽东就此指出:“世界上历来的宪政,不论是英国、法国、美国,或者是苏联,都是在革命成功有了民主事实之后,颁布一个根本大法,去承认它,这就是宪法。”^{〔6〕}反之,如果革命尚未取得完全胜利,则制宪就是不必要的。

之所以 1949 年中华人民共和国成立后的五年间未颁布宪法,其原因就在于革命的未彻底完成,比如大陆上的军事行动还没有结束,土地改革还没有完成,人民群众还没有完全组织起来等。但到 1954 年,国家权力已经“掌握在有组织有领导的人民手里”。^{〔7〕}此时制定宪法,看起来已基本具备革命胜利的基础了。但是,1954 年的中国仍然属于新民主主义社会,距离社会主义社会的目标还有不小的差距。为何选择此时制宪?对此,一种代表性的观点是,“五四宪法”是中共中央接受斯大林多次建议后的结果。这种看法并非完全没有道理,毕竟来自莫斯科的“建议”是制宪时间线上的重要节点。^{〔8〕}但这只能算作

〔4〕 支振锋:《“五四宪法”的命运与际遇》,《理论视野》2009 年第 9 期,第 59 页。

〔5〕 郑观应著:《郑观应集·盛世危言后编》,夏东元编,中华书局 2013 年版,“自序”部分。

〔6〕 毛泽东:《新民主主义的宪政》,载《毛泽东选集》第二卷,人民出版社 1991 年版,第 735 页。

〔7〕 参见刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,《人民日报》1954 年 9 月 16 日第 3 版。

〔8〕 相关史实,参见韩大元著:《1954 年宪法制定过程》,法律出版社 2014 年版,第 63 页以下。

不具有实质拘束力的外因,更为根本的原因可能在于执政党对制宪与国家关系的认识发生了变化:制宪非但无需以国家经济基础改造的完成为前提,而且可以为实现这一政治任务提供积极帮助,宪法不但可以充任国家建构完成的证明书,而且可以充任国家建构完成的促成者。实际上,在1949年7月的一次会谈中,斯大林在回答刘少奇询问应当准备制定的宪法“是否是指社会主义性质的宪法”时,答复道“我说的是现阶段的宪法”,^[9]已经清楚的表明,制宪所确认的革命胜利只是阶段性的,宪法将为继续革命提供动力。

(二)“五四宪法”的政治功能

从新民主主义社会向社会主义社会过渡是权力结构和利益格局的彻底变动。在1953年6月15日的中共中央政治局会议上,毛泽东批评刘少奇等人提出的“确立新民主主义社会秩序”等观点时明确指出:“过渡时期充满着矛盾和斗争。我们现在的革命斗争,甚至比过去的武装革命斗争还要深刻。这是要把资本主义制度和一切剥削制度彻底埋葬的一场革命。”^[10]裹挟在这场洪流中的“五四宪法”,无论是在制定还是在实施的全部过程中,革命都是其支配力量。通过革命完成建国使命是“五四宪法”的一个重要功能,甚至说是首要功能。

“五四宪法”首先揭示了革命在建国中的决定性地位,其序言开篇以历史逻辑叙述国家的来源:“中国人民经过一百多年的英勇奋斗,终于在中国共产党领导下,在1949年取得了反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义的人民革命的伟大胜利,因而结束了长时期被压迫、被奴役的历史,建立了人民民主专政的中华人民共和国。”这种革命叙事赋予新政权以历史的正当性,同时也表明,“英勇奋斗”不仅赢得了建政,而且也将贯穿于执政之中,建国初期“胜利地进行了改革土地制度、抗美援朝、镇压反革命分子、恢复国民经济等大规模的斗争”便是如此。同样,宪法的正当性亦来自于革命胜利的事实。

其次,“五四宪法”以国家根本法的方式开启了新的革命。制宪不是为了终结革命,国家建构本身其实就是一种革命,制宪意味着开启了非战争形式的新的革命历程。“在中国,立宪并非仅仅是对革命成功的一种承认和正当性描述,而是革命进程的一部分,立宪并非意味着革命完成了,事实上是暴力革命虽然完成,但社会领域的革命仍只是刚刚开始。”^[11]宪法序言中明确提出了“动员和团结全国人民完成国家过渡时期总任务和反对内外敌人的斗争”的目标,这种斗争本身就是一种革命。制宪之前是革命立国,因此制宪是确认革命事实,立宪之后是革命建国,因此行宪是保障革命进行。如果我们拉长国家建构的视线,那么1949年新中国宣告成立可以在政治意义上视为立国时刻,但它尚未召出“宪法时刻”。如果我们以正当性与合法性的两重标准来衡量国家建构,那么1949年的宣告解决的是国家“出生”问题,由此国家具有了正当性,确认这一事实的法律文件是《共同纲领》,而“五四宪法”的制定解决的则是国家“名分”问题,由此国家具有了合法性。这样,《共同纲领》与“五四宪法”共同完成了政治立国与宪法建国的两步曲。作为《共同纲领》

[9] 师哲著:《在历史巨人身边——师哲回忆录》,李海文整理,中央文献出版社1991年版,第408页。

[10] 毛泽东:《批判离开总路线的右倾观点》,载《毛泽东选集》第五卷,人民出版社1977年版,第81页。

[11] 李忠夏:《从制宪权角度透视新中国宪法的发展》,《中外法学》2014年第3期,第625页。

的延续和发展,“五四宪法”依然要履行《共同纲领》作为“建国的政治基础”^[12]的职能。周恩来在 1953 年 1 月 13 日中央人民政府委员会第 20 次会议上的报告中就明确讲到:“宪法草案的规定,可以使全国人心更加安定,政治基础更加巩固,各种建设都能在政治领导的巩固基础上来进行。”^[13]进一步巩固国家的政治基础显然成为制宪者们为“五四宪法”嵌入的历史功能。

(三) 过渡目标在“五四宪法”中的落实

当然,“五四宪法”不是对《共同纲领》的简单复写,毕竟它要承担促成国家建构完全实现的新使命。毛泽东在制宪讨论时指出:“这个宪法,是以共同纲领为基础加上总路线,是过渡时期的宪法,大概可以管十五年左右。”^[14]为了尽快完成国家建构任务,“五四宪法”主要从三个方面着力:一是变革经济基础,二是巩固政治基础,三是统一意识形态。具体到文本上,“五四宪法”在以下方面做了设计。

第一,作为过渡性质的宪法,将 1949 年中国共产党七届二中全会上形成、1953 年正式提出的过渡时期总路线写入宪法文本,体现了权宜理性与工具理性。对于总路线的重要性,毛泽东在 1953 年 6 月 15 日中共中央政治局会议上讲话时形象地指出:“这条总路线是照耀我们各项工作的灯塔。”^[15]“五四宪法”将党的总路线转换为国家的总任务写入序言:“国家在过渡时期的总任务是逐步实现国家的社会主义工业化,逐步完成对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造。”实际上,与其说是宪法规定了过渡时期的总任务,不如说是过渡时期的总任务成为了宪法的内在规定性。而过渡时期本身是不确定的,它面向的是一个需要尽快完成却又缺乏足够预期的未来。序言规定过渡时期是“从中华人民共和国成立到社会主义社会建成”,但何时算作“社会主义建成”,取决于以经济改造为基础的政治实践。

第二,作为经济基础变革的工具,“五四宪法”通过复杂而指向明确的所有制条款,使经济关系进而社会与国家性质向社会主义过渡。“党在过渡时期总路线的实质,就是使生产资料的社会主义所有制成为我国国家和社会的唯一的经济基础。”^[16]1954 年制宪之前的中国尚处于新民主主义社会阶段,完成过渡任务的基础是由复杂的经济结构的社会过渡到单一的社会主义经济结构的社会,这就需要改造生产资料所有制的结构。在一个相对短暂的时间段内完成过渡任务是一场经济和社会革命,它所要解放的是社会主义的生产力,所要对抗的是私人资本主义的生产关系。对此,宪法一方面确认国家所有制、合作社所有制、个体劳动者所有制和资本家所有制的现状,规定“依照法律保护资本家的生产资料所有权和其他资本所有权”,另一方面明确了资本家所有制的宪法界限,即“利用资本主义工商业的有利于国计民生的积极作用,限制它们的不利于国计民生的消极作

[12] 《共同纲领》序言最后一句。

[13] 周恩来:《全国人民代表大会应该有自己的法律——宪法》,《党的文献》1997 年第 1 期,第 8 页。

[14] 毛泽东:《在宪法起草委员会第一次会议上的插话(节录)》,《党的文献》1997 年第 1 期,第 9 页。

[15] 毛泽东:《批判离开总路线的右倾观点》,载《毛泽东选集》第五卷,人民出版社 1977 年版,第 81 页。

[16] 毛泽东:《对过渡时期总路线宣传提纲的批语和修改》,载《建国以来毛泽东文稿》第四册,中央文献出版社 1990 年版,第 405 页。

用”，“逐步以全民所有制代替资本家所有制”。宪法的规定看似矛盾，内在却高度一致。过渡时期的结束就意味着资本家所有制的改造完成，实际上就是全民所有制绝对支配地位的形成，也就是过渡到社会主义社会这一根本要求的完成。

第三，作为完成建国大业的重要装置，“五四宪法”并不留意宪法实施的监督制度，主要强调满足国家建构的刚性需要。“五四宪法”设计的是一套以主动守宪这种道德义务为核心的宪法实施机制，对于违宪的判断标准、判断程序、审查结果等几无顾及。在新政权建立初期，这种机制当然有其合理性，尤其是有助于高效的应付现实，及时作出政治决断，此时违宪审查制度不但多余，而且妨碍手脚。“五四宪法”要求国家机关工作人员必须服从宪法和法律，要求公民必须遵守宪法和法律，也是为了消除一切不利于国家建设的消极因素。在价值指向高度统一的国家建构目标下，立宪是建国的一个环节而不是全部，宪法是达成建国目标的工作方法，而不能单独对未来状况预设要求。

三 围绕国家建构而形成的宪法秩序

“五四宪法”将通过革命建立国家的目标法律化，使之成为宪法实施时不容否拒的内在前提。与宪法先于国家、经由制宪来建国的美国模式不同，新中国的建政实践是国家先于宪法，经由国家来订立宪法，基本权利秩序自然要服从以国家为核心的政治过程。按照马列主义经典学说，国家一方面作为“一个阶级镇压另一个阶级的机器”^[17]而发挥对抗功能，另一方面是维护和保护本阶级团结统一和统治地位的机制。人民与国家是一种相互依存、互为促进的关系，基本权利是国家给予人民的利益，国家是基本权利实践的保护主体。“以国家性来代替社会价值体系，使基本权利价值限定在国家意识形态之内”，^[18]这种理念在1954年制宪前后具有支配地位。

（一）国家先于个人

在个人与国家的关系上，西方传统理论普遍将国家视为必须严加防范的利维坦，所以法治国家对基本权利的防御权功能殊为看重。“真正的基本权利本质上是享有自由的个人的权利，而且是与国家相对峙的权利。”^[19]基本权利之所以可以与国家对峙，部分原因在于它先于国家而不是源于国家。“国民法治国的基本权利只是一些可视为先于国家或凌驾于国家之上的权利；国家并非依照其法律来授予这些权利，而是这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护；国家只能在一个原则上可预测的范围内、并按规定程序侵犯这些权利。”^[20]如果将基本权利视为国家的产物，可能导致个人对国家的臣服。

“五四宪法”并非采用这样的逻辑。“五四宪法”奉行的是革命伦理的国家观，国家通过革命斗争成立，也通过革命斗争为人民提供生存保护。新中国立宪的政治逻辑提供了革命建国的目标和共产主义的理想远景，为此个人要主动融入集体之中，集体也需要融入

[17] [德]恩格斯：《〈法兰西内战〉序言》，载《马克思恩格斯选集》第二卷，人民出版社1972年版，第336页。

[18] 韩大元：《基本权利概念在中国的起源与演变》，《中国法学》2009年第6期，第23页。

[19] [德]卡尔·施密特著：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第175页。

[20] [德]卡尔·施密特著：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第175页。

国家之中,由国家一并担保社会和个人的自由。按照黑格尔的看法,个人的自我意识和理性能力是有限的,个人只有融入国家、成为国家的成员,才具有“客观性、真理性和伦理性”,因为“国家是绝对自在自为的理性东西”,所以,“成为国家成员是单个人的最高义务。”^[21]如果没有对国家尽义务,个人的权利就无从获得,而不对国家尽义务就是对自身权利的伤害。“在履行义务中,他作为公民,其人身和财产得到了保护,他的特殊福利得到了照顾,他的实体性的本质得到了满足,他并且找到了成为这一整体的成员的意识 and 自尊感;就在这样地完成义务以作为对国家的效劳和职务时,他保持了他的生命和生活。”^[22]

这样,作为“道德理想”的国家成为个人的“内在目的”,也成为个人权利的总和。每个人都在共同价值观的指引下结成群体,形成人民,开展革命,建立国家,然后藉由国家实践权利,通过国家保障权利和自由。国家是一种独立的力量,“国家的力量在于它的普遍的最终目的和个人的特殊利益的统一,即个人对国家尽多少义务,同时也就享有多少权利。”^[23]个人意志经由国家的提炼而成为统一意志,成为理想化的意志统一体,由统一意志保障个人权利。这一逻辑在防卫型国家尤其具有现实意义。国家能够站起来,每个人基于对国家的信赖、受国家的庇护也就能够获得自身的特殊利益。因为个人统一于国家,所以个人必须不断通过主张权利的方式来反对那些阻碍国家独立自主和持续发展的对立面。国家不是基本权利要防御的对象,妨碍国家独立统一的那些对象才是基本权利要防御的对象。这也是为什么在面临国家权力与公民权利的可能冲突时,公民权利常常面临缺乏请求权依据的重要原因。有学者认为,“‘五四宪法’上的公民基本权利不适合被理解为个体公民的主观权利”,^[24]这一看法是有合理性的。

个人对国家的信赖与依赖,部分出于革命历史的情感,部分在于基本权利实践对物质基础的客观要求。抛开道德立场不谈,保护权利往往是需要成本的。无论是福利权、私有财产权、契约自由权还是言论自由权,“所有的权利都需要公库的支持”。^[25]“五四宪法”规定的劳动权、休息权、获得物质帮助权、受教育权等基本权利,都具有明显的社会权利属性,需要国家履行积极义务。即便对于言论、出版、集会、结社、游行、示威这些所谓的消极自由,宪法也作出了“国家供给必需的物质上的便利,以保证公民享受这些自由”^[26]的承诺。如何供给物质的便利?核心路径是对国家的经济基础进行社会主义改造。“公民权利和自由的经济保证的基础是社会主义的经济制度及社会主义的生产资料所有制。随着社会生产力的增长,社会财富的积累和增加,公民的基本权利和民主自由也将日益得到发

[21] [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 2011 年版,第 288-289 页。

[22] [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 2011 年版,第 299 页。

[23] [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 2011 年版,第 297 页。

[24] 周林刚:《宪法概念的变革——从〈共同纲领〉到“五四宪法”》,《法制与社会发展》2013 年第 6 期,第 44 页。

[25] [美]霍尔姆斯、[美]桑斯坦著:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社 2004 年版,第 3 页。

[26] 这是“五四宪法”第 17 条的规定。类似规定还体现在第 91 条(公民劳动的权利)、第 92 条(劳动者休息的权利)、第 93 条(劳动者获得物质帮助的权利)和第 94 条(公民受教育的权利)之中。

展,实现权利和自由的保证也逐渐扩大。”^[27]

(二)人民先于公民

将国家与个人关系这种哲学叙述逻辑转化为政治法律叙事逻辑,需要借助人民主权原则,将二者转化为人民与公民关系。人民是历史的创造者和国家的主人,国家既正当又合法的规范根据在于宪法确认人民的主权者地位。无论是革命的战争还是革命的建设,它们都把“人民当家作主”作为精神指南和标志。“五四宪法”以“中国人民”领起全文,确认“人民”高高在上的主体地位,又在第1条规定“人民民主国家”的国体,在第2条规定“一切权力属于人民”和人民代表大会的政权组织形式,人民掌握着全部的、最终的和根本的权力。这种宣告带有神圣色彩,“人民”宛若神明俯瞰着国家和其中的每一个人。

人民之所以神圣,是因为它主张的乃是公意。但公意之外还有众意,即每个人的意志。公意不是众意的简单相加。如何处理二者的关系?“五四宪法”采取的策略是,规定人民主权原则从而确认人民当家作主的地位,规定公民身份从而区隔众意与公意的边界。在日常政治的实践中,人民主权原则所代表的政治意志通常引而不发,而是转化为以公民为基本权利主体的宪法意志,转化的情况很大程度上影响着“革命”与“建国”的内在关系。政治意志与宪法意志之间自然是存在张力的。为此,“五四宪法”既并行规定人民与公民两个概念,又以公民概念为主来描述基本权利主体。制宪者们有意识地把握和区别对待了公民与人民的差异。在1954年5月27日宪法起草委员会第二次全体会议上,李维汉说:“宪法中的公民,包括所有有中国国籍的人在内。”邓小平说:“把全体人民改写为全体公民为好。”刘少奇说:“这里的公民包括过去的所谓‘人民’和‘国民’在内。地主阶级分子也是公民,不过是剥夺了政治权利的公民。如果只写人民,就不能包括‘国民’那一部分人了。”^[28]同年5月29日宪法起草委员会第四次全体会议上,法律小组根据宪法草案各组召集人联席会议的意见,就“人民”、“公民”和“选民”的概念作了说明:人民是集体,是国家一切权力的所属者,是政治概念,指各民主阶级;“公民”是个体,是有中华人民共和国国籍的人,是法律概念,表明法律上的地位;“选民”是年满十八周岁有行为能力和未被剥夺选举权的公民。^[29]在宪法文本中,公民也每每与权利一词连用。这既体现了制宪者对权利法律性的把握,也表现出将更广泛的个体纳入宪法调整范围的期望,一定程度上超越了敌我区分的思维方式。

但是,人民与公民的区分并不绝对,二者亦非相互独立。一方面,公民受制于人民所框定的政治结构。“五四宪法”制定过程中,田家英在说明宪法草案的结构时,对为什么将“公民的基本权利和义务”列于“国家机构”之后做了说明:“我们之所以把公民的权利和义务放在后面,是因为公民的权利是在政治制度中产生的,而且前面已经讲过国家的一切权利属于人民,把公民的权利放在后边,并不会贬低公民的地位。”^[30]这段话表明,公民的权利空间只能在人民的政治话语体系中方才具有。另一方面,“五四宪法”的文本颇受

[27] 《苏联公民的基本权利和义务》,陈惠珍译,《现代外国哲学社会科学文摘》1983年第1期,第54页。

[28] 韩大元著:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第276页。

[29] 参见韩大元著:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第289页。

[30] 韩大元著:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第410页。

“敌我区分”思维的影响,而“敌人”的反题是“人民”,只有那些不是“敌人”的人,即属于“人民”阵营中的人,才有可能成为“公民”。“在中国的政治语境里,‘人民’通常是通过它的对立面‘敌人’来加以定义的,它包含着人的差异性,指涉着另一部分人——‘敌人’这一他者——的在场。”^[31]“五四宪法”罗列了不同类型的“敌人”:必予严惩的,如卖国贼和反革命分子;可以改造的,如封建地主和官僚资本家。当把这些“敌人”与人民并列的时候,我们会发现,他们享有的“公民权利”与人民享有的“公民权利”并不处于同一条水平线上,“公民”所具有的法律规范力量其实是不能自主的,“人民”事实上成为贯穿宪法文本的权利主体。与其说“人民”与“公民”是泾渭分明的两个概念,不如说是“人民”超越并规定着“公民”。人民作为主权者,它既规定基本权利,也享有基本权利,公民享有权利的前提是服从人民的意志,公民的基本权利主体地位其实是人民主权的一种修辞形态。

(三)民主先于法治

人民主权原则预设了人民意志的绝对权威,而人民意志是绝对不可能错误的。用卢梭的话讲,“公意永远是公正的,而且永远以公共利益为依归”。^[32]的确,公意绝对正确,人民永远不会被腐蚀,然而公意究竟是什么,又如何提炼得出,本身众说纷纭,难成共识。作为公共人格的人民,其意志的最高性和绝对正确性意味着,人民意志要么是形而上学的,要么是神学的,而不能直接等同于实证规范。^[33]公意、人民意志在向国家意志转化的过程中,有相当的可能出现偏差。如果国家以及国家权力的支配者通过某种程序能够取代人民的话,他便成为事实上的主权者,其后果便是“来源于人民意志的国家权力是可以不受宪法约束的,或者可通过国家目的任意决定宪法的性质”^[34]。

完成国家意志与人民意志的同构、实现主权从人民到国家位移的机制是民主。民主自近代登上人类政治舞台后,在世界范围内取得广泛的支持和遵从。《共同纲领》的通过、新中国政权的建立都是民主的结果。毛泽东在谈到“五四宪法”草案的时候曾经说:“我们这个社会主义的民主是任何资产阶级国家所不可能有的最广大的民主”。^[35]“五四宪法”第 1 条就将国体设定为“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主国家”,也体现了民主价值的崇高地位。

“五四宪法”的基本权利规范自然也是民主的结果。但宪法充分考虑了民主性,对其他价值尤其是法治的价值有意无意地忽视了。宪法规定了包括迁徙自由在内的十几项基本权利,在权利类型的广泛性上并不逊色于任何一部现代宪法,但其中的重大缺陷是缺少完整的基本权利保障机制。宣示的权利不等于现实的权利。没有宪法监督机制,基本权利受到侵犯几乎是必然的。这种规范缺失可能也与立宪时的价值选择有关。新政权建立之初,在缺乏足够法律制度基础的前提下起草一部全新的宪法,有必要以民主的方式充分发挥其宣示和教育功能。“当时中国民众、政治精英、学界精英等之所以对民主抱以信

[31] 王人博:《被创造的公共仪式——对七五宪法的阅读与解释》,《比较法研究》2005 年第 3 期,第 13 页。

[32] [法]卢梭著:《社会契约论》(修订第 3 版),何兆武译,商务印书馆 2003 年版,第 35 页。

[33] 参见张龔:《没有社会的社会契约》,《清华法学》2012 年第 6 期,第 138 页。

[34] 李忠夏:《从制宪权角度透视新中国宪法的发展》,《中外法学》2014 年第 3 期,第 625 页。

[35] 毛泽东:《关于正确处理人民内部矛盾的问题》,载《毛泽东著作选读》下册,人民出版社 1986 年版,第 760 页。

任,主要是基于三个因素的考量:一是人民不会为非;二是人民的国家不会为非;三是执政党不会为非。”^[36]这种信任当然有理由,但宪法不应只局限在民主价值一端,否则可能带来有违民主初衷的后果。有学者认为,没有宪政与法治的民主是不充分的,甚至越是民主越会造成大灾难。^[37]事实上,绝对的民主是不存在的,绝对的民主导致的结果一定是绝对的不民主。“如果一味强调民主,革命便无法退场,其结果要么像法国革命那样,以人民主权的名义置一部部宪法于水火,最终由一个僭主来收拾残局;要么像纳粹那样,以一个极权主义的独裁政权结束。”^[38]在民主与法治的关系上,我们既强调通过民主的方式建国、立宪,也要追求有秩序的、有质量的民主,宪法共同体的基本权利应当通过规范国家权力的法律制度得到实施,而不是仅仅作为彰显政治主张合法化的形式。

四 作为国家建构机制的基本权利

宪法是多元价值融贯形成的一套逻辑自洽的价值体系。在宪法的多元价值中,总有一种核心观念成为重叠共识,居于支配地位。尽快完成社会主义国家建构作为支配“五四宪法”价值体系的核心,它对基本权利的价值目标产生了本质影响。为完成国家建构的政治任务,宪法在整体上作为一个教育机制,对不同群体起到价值观的规训与统一功能。所谓“教”,按照《说文解字》的解释,“教,上所施,下所效也。”^[39]这暗含着居上者与居下者的地位差异,居上者拥有高度的信息权威,从而能够按照自己的意志改造和整合居下者的认识。宪法作为教育机制,其权威来源于革命胜利与阶级先进的历史、政治正当性。

(一)基本权利通过革命斗争而获得

近代中国的权利概念是西学东渐的产物,但东西方权利观念却有诸多本质上的差异。西方的权利概念,具有表征个人在法律上的利益、资格与要求的功能。而传统中国的权利概念则首先意味着民众在政治上的地位和议价能力。“中国的民权话语关联着诸多政治元素:统治者、被统治者、政治关系的合理性以及政治价值。”^[40]是政治决定了权利与权利规范,而不是权利规范拘束政治。基本权利并不因为写在宪法文本上就自然具有法规范功能,反倒是政治功能更为突出,尤其是政权更迭过程中的革命功能,而这也与近代以来的生存斗争学说具有内在的一致性。

基本权利的革命色彩集中体现在基本权利主体的正当性是通过革命斗争而获得的。人们的生存状况、生存条件的优与劣,决定了他们所处的群体与阶级。长期处于被压迫状态的底层民众的首要诉求是生存,其次是平等,即获得与压迫者们同等的地位,获得方式则是革命斗争。因此,为了生存以及更好的生活而斗争,就成为底层民众即无产阶级的动

[36] 范进学:《“五四宪法”的立宪目的之反思》,《法商研究》2008年第4期,第27页。

[37] 参见王振民:《关于民主与宪政关系的再思考》,《中国法学》2009年第5期,第159页。

[38] 高全喜:《论宪法的权威——一种政治宪法的思考》,《政法论坛》2014年第1期,第52页。

[39] [东汉]许慎:《说文解字》(卷三·教部),中华书局1963年版,第69页。

[40] 王人博:《民权词义考论》,《比较法研究》2003年第1期,第17页。

力源泉。无产阶级革命的胜利鼓舞了斗争的参与者,作为胜利果实之一的宪法自然要载入通过不懈斗争才取得的来之不易的权利。“五四宪法”序言中说,“这个宪法巩固了我国人民革命的成果和中华人民共和国建立以来政治上、经济上的新胜利”,虽称宪法巩固了革命成果,实则革命成果成就了宪法。然而,宪法的成立并不意味着革命的结束,相反意味着新革命的开启。革命道义的情节“不会随着旧制度被推翻而消失,因为推翻旧制度只是万里长征的第一步,取而代之的新制度只代表向理想境界过渡的中间状态。因此,革命一直作为一种最终道义而存在,指引着社会制度进一步向前演变。”^[41]

基本权利是道德权利的实证化,它同宪法一道来自于革命斗争,而不是什么天赋。在 1965 年 12 月 21 日同艾思奇等人谈话时,毛泽东明确批评“天赋人权”：“什么天赋人权？还不是人赋人权。”^[42]由此观之,所谓“人赋人权”,实际上就是无产阶级自己赋予自己权利。“我国宪法规定的人民权利,不是‘天赋’的,而是人民革命斗争的果实。”^[43]革命激发了人们的权利意识,人权的赋予者与被赋予者在斗争中实现了主体的统一。人们的权利意识又是不断发展的,因此基本权利就在不断的斗争中被不断发现,在不断的破坏中去不断建设,历史也通过不断的斗争而延续其进程。在这层意义上,基本权利作为新的意识形态系统的组成部分,起到了统一思想进而统一行为的作用。

(二)基本权利为了国家建构而存续

一般而言,宪法文本中的国体、政体、国家政策等规范会具有明显的政治性,而基本权利规范更多的具有法律性。但在“五四宪法”中,基本权利规范亦蕴含着明确的政治指向和强制色彩。在国家建构目标的支配下,基本权利不仅是公民的权利(right),还是一种特权(privilege),^[44]乃至反转成为一种政治意义上的权力(power)。宪法和基本权利都是通过革命斗争得来的,它们将在国家建构的政治进程中存续下去,其方式可以概括为三种。

一是基本权利理念上的对抗正义。“五四宪法”是一部充满对抗精神的宪法文本,它有着明确的敌我指向,阶级敌人非但不能享有基本权利,而且还受到宪法规范上“斗争”、“反对”、“镇压”、“消灭”等表述的严厉抨击。这种对抗正义的理念,林来梵教授称之为“报应正义”：“作为一种规范精神,这种体现在社会主义类型宪法中的报应正义,当然也是正义的一种形态,但执行的是那种类似于‘以牙还牙’式的加害与报复的对等原理。它立足于独特的阶级国家论以及政治斗争哲学,表达了单纯以‘无产阶级专政’对抗并取代‘资产阶级专政’的那种专政理念。”^[45]当斗争哲学主导了宪法的价值体系而缺乏对公权力的基本约束时,出现超越宪法授权的行为几乎是必然的。

二是基本权利适用上的阶级观点。通常意义上的基本权利是公民对公权力提出的正当主张,但在革命正义的宪法秩序中,基本权利的对抗对象是人民群众之外的阶级敌人。

[41] 金观涛、刘青峰著：《中国现代思想的起源——社会超稳定结构与中国政治文化的演变》，法律出版社 2011 年版，第 266 页。

[42] 参见戴立兴：《论毛泽东的人权思想》，《马克思主义研究》2014 年第 2 期，第 29 页。

[43] 辛光著：《中华人民共和国公民的基本权利和义务》，湖北人民出版社 1955 年版，第 7 页。

[44] 此处所谓“特权”，源自于美国宪法传统意义上的权利(right)与特权(privilege)的二分法。二者的重要区别在于，前者受正当程序的保护，后者则由政府单方面授予，可以单方面取消而不受正当程序的限制。

[45] 林来梵：《“五四宪法”的“天衣”之“缝”》，《法学研究》2004 年第 6 期，第 14 页。

在对抗正义的理念下,主体行使基本权利的过程也是对抗阶级敌人的过程,基本权利成为约束对方的权力。这种权力隐而不显,基本权利的主体实质上就是国家主权者的范围。主体享有基本权利不是首先基于公民身份,而是因为政治上属于人民阵营。比如,作为资产阶级一部分的民族资产阶级,他们与工人阶级是存在斗争关系的,但也享有一定的基本权利,因为“在过渡时期,民族资产阶级在政治上也有一定的地位”,^[46]从而属于人民,进而享有作为公民的基本权利。同时,基本权利不可主动放弃,否则意味着其主体资格的丧失,即便保留了公民身份,其在政治上也失去了人民群众的地位。

三是通过基本权利的限制来发现和消除对立面。既然基本权利是作为人民的公民的权利,人民行使权利的首要目的就是维护人民这一整体的统一和纯粹。换言之,那些不再具有人民属性的个人就会成为基本权利的对立面,从而也会失去公民身份。例如,在选举权与被选举权方面,1953年《选举法》规定:“凡年满18周岁之中华人民共和国公民,不分民族和种族、性别,职业,社会出身,宗教信仰、教育程度、财产状况和居住期限,均有选举权和被选举权。”这体现了权利主体的广泛性,但按照《中央选举委员会关于选民资格若干问题的解答》(1953年4月3日)的说明,作为公民的“地主阶级分子和反革命分子”并不能享有此种权利,除非“完全服从^[47]政府法令,努力从事劳动生产,或作其他经营,没有任何反动行为,连续五年以上者,经法定手续改变其地主成份后”。

对基本权利主体的限制在“五四宪法”中也有明确体现,尤其是两次出现的“剥夺”条款。“五四宪法”第19条第2款规定:“国家依照法律在一定时期内剥夺封建地主和官僚资本家的政治权利,同时给以生活出路,使他们在劳动中改造成为自食其力的公民。”这意味着,若不能在劳动中改造为自食其力的公民,就将失去政治权利,实际上失去成为国家主人的可能,成为人民的对立面。而作为人民的对立面,其接受改造的过程就是恢复其已被限制了的基本权利的过程。第86条有关剥夺选举权和被选举权的内涵亦相类似。这类条款大致上体现了费希特所言的强制实现的正义:“正义的强制,惟有通过对辅之以对被强制的民众之教育,使其达到这样的识见与善良意志才是合法的,否则它就是违背正义的。”^[48]这种强制不针对人们的外在行为,而是针对他们内在的权利和自由,顺从的是“他们自己的识见”,也就是通过接受改造来发现自己的人民属性。强制是提升自身精神境界的过程。按照费希特的看法,“强制是一种如何将共同体的洞见与个体联结起来的方式,是将出自纯粹的自然生物之个体转化为精神性的生物的方式。”^[49]通过基本权利实践,人民的对立面部分被消灭,部分可以团结的人群经过转变成为人民的组成部分,每个独立的个人意志就与共同体实现了联结与一致。

(三)基本权利作为国家建构的方式

与“五四宪法”的过渡性质相配合,宪法文本中一个向来被忽视但却值得发掘的语词

[46] 刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,《人民日报》1954年9月16日第3版。

[47] 许崇德主编:《中国宪法参考资料选编》,中国人民大学出版社1990年版,第406页。

[48] [德]费希特著:《国家学说:或关于原初国家与理性王国的关系》,潘德荣译,中国法制出版社2010年版,第68页。

[49] [德]费希特著:《国家学说:或关于原初国家与理性王国的关系》,潘德荣译,中国法制出版社2010年版,第70页。

是“改造”。它虽未在基本权利篇章中出现,却是理解基本权利规范的一把钥匙。“五四宪法”中的“改造”大致指向两种情况,一是生产力和生产关系的改造,主要体现为“对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造”,二是基本权利主体的改造,主要体现为第 19 条第 2 款要求封建地主和官僚资本家“在劳动中改造成为自食其力的公民”。为何要为封建地主和官僚资本家保留一条成为公民的道路?原因可能在于,“劳动人民同可以合作的非劳动人民之间的一种联盟”^[50] 仍然有存在的必要。“原则上,在一个社会中,利益和观念的对立越极端,妥协就越难以达成;因此,社会哲学总是要求公民的社会关系,尤其是经济关系的协调和适度。”^[51] 劳动人民同可以合作的非劳动人民的联盟构成了新政权的政治基础,维护联盟就需要调和不同人群的利益与观念,也就是改变经济关系上的交错和对立。在向社会主义过渡的过程中,非劳动人民的过渡方式是转变为劳动人民,进而可以成为享有基本权利的公民。此时,作为建国工具的基本权利,其运行方式便不是“镇压”与“惩办”,也不是“限制”与“剥夺”,而是提供了另外一种丰富共同体来源的途径。这也揭示出基本权利主体是一种历时性的存在,其范围取决于不同时间段的斗争需要。

需要留意的是,实现向劳动人民转变的方式是“在劳动中改造”,“劳动”成为区分“镇压”与“改造”的关键标准。劳动是社会主义社会中人们互负义务的典型体现。自觉自愿参加劳动而不是逃避劳动甚至剥削劳动者,是判断一个人能否受到社会主义宪法保护的基本标准。同时,宪法将劳动者视为一类重要的公民、一种特殊的基本权利主体,第 92 条规定的休息权、第 93 条规定的获得物质帮助权的权利主体都载明为“劳动者”。这两条之所以不使用公民的概念,是因为劳动是有劳动能力的公民“光荣的事情”(第 16 条),不劳动的公民不能享有国家专门为社会主义事业建设者们提供的基本权利。

“劳动者”是“五四宪法”中一种特殊类型的基本权利主体,其范围要比公民狭窄。要从一般意义上的公民成长为劳动者,就要参加劳动,就要从“在劳动中改造”开始。有没有参加劳动改造并得到群众的认可,决定了一个人能否享有完整的权利。关于农业贷款的一份文件鲜明的体现了这一点。中共中央 1953 年 7 月 10 日的一份电文确认,农业贷款不贷给地主和富农是一项原则,“惟对土地改革后确已从事农业,并服从政府法令的地主分子,如其生产确有困难或遇疾病等意外灾害时,在当地群众同意的条件下,在农业贷款中,亦可予以适当照顾。如当地群众反对贷款给地主分子,则不要贷给他们。”^[52]

“在劳动中改造”这一处理方式表明,那些不属于劳动者的公民并没有被彻底排除出人民的阵营,他们负有接受“劳动-改造”的责任。这可以借助美国分析法学派霍菲尔德的权力与责任理论来理解。霍菲尔德提出权利与义务、特权与无权利、权力与责任、豁免与无权利共八个基本法律概念,就权力与责任这对相关概念来说,一方拥有权力,意味着另一方要承担责任。责任不完全等同于义务,它还蕴含着“隶属”(subjection)或“职责”

[50] 刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,《人民日报》1954 年 9 月 16 日第 3 版。

[51] [德]齐佩利乌斯著:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社 2011 年版,第 296 页。

[52] 《中央关于小土地出租者、富农和地主贷款问题给西南局的复电》,载《建国以来毛泽东文稿》第四册,中央文献出版社 1990 年版,第 274 页。

(responsibility)的内涵。^[53]基本权利由劳动者们共同拥有,与之相对的那些非劳动者们要受劳动者们的支配,并有责任积极参与劳动改造,配合劳动者进行社会主义建设,满足国家和人民的需要。从积极意义的层面上说,“五四宪法”设计的经由劳动实现改造的路径,有助于相对温和的改变社会精神,促进人群内部的相互承认和认可。并且,宪法第16条将劳动定性为“一切有劳动能力的公民的光荣的事情”,而不是“公民的义务”,回避了劳动的义务属性。有学者认为这“最大范围内淡化了曾经泾渭分明的‘人民’与‘国民’的阶级划分,体现出强烈的政治动员功能”,从而使得“‘劳动权’扮演的确认‘政治的他者’的斗争功能弱化了,而作为国家共同的建设者与改造者的建构功能开始加强。”^[54]从宪法在社会团结面向上的功能来说,这种主张是有一定的说服力的。

五 反思与超越:基本权利的主观权利功能

(一)基本权利国家建构功能的界限

以现代宪法的标准来衡量,“五四宪法”基本权利条款蕴含的国家建构功能虽然重要,但也对建国目标的片面强调导致了宪法实践的偏差。不过,宪法毕竟要与国家的不同时期互相配合,永恒的宪法并不存在,所谓最好的规则不过是就某一个时代而言的。在历史的限定下,基本权利发挥国家建构功能是实践理性的凝结,代表了一定时期内的理性水平,同时也要与现代宪法的基本精神相调和,不应超出一定的范围和限度。

第一重限度是时间界限。基本权利的国家建构功能与革命的国家观相伴生,应限于国家初创时期。“革命的国家观是以政治强制、暴力专政为基础的,……适用于国家的创建。”^[55]这种国家观将经济建设、社会团结等复杂议题予以同质化处理,对于常态化的国家治理不但无能无力,而且影响消极。因此,当国家的正当性与合法性相继得到确认后,建国时刻就要转向宪法时刻,从国家观到宪法观都要实现根本的调整,基本权利的功能也要相应调整。

第二重限度是宪法与政治关系上的界限。宪法具有高度的政治性,这一点无需否认。最初是政治建构出了宪法,但宪法在成立之后,它就脱离政治而成为独立的存在。宪法不应是政治的附庸,而是约束政治的装置。如果我们在制定了宪法之后,依然以政治的方式来对待宪法,使宪法沉沦于政治运动的洪流中,全然的、无条件的服从政治的需要,那么宪法就仅剩了装饰功能。因此,要防止政治消解宪法,避免宪法与政治的完全重合,尽可能减少宪法被政治需要和意识形态的吸纳。

第三重限度是宪法自身结构上的界限。国家、政府、社会、个人等都是宪法要调整的对象。宪法应当承认个人的主体地位。若个人淹没在国家和人民的概念海洋中,匍匐在全能的国家脚下,这样的宪法就失去了维护人权的能力,难以成为现代意义上的宪法。同

[53] 参见[美]霍菲尔德著:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,第28页以下、第68页。

[54] 王旭:《劳动、政治承认与国家伦理:对我国〈宪法〉劳动权规范的一种阐释》,《中国法学》2010年第3期,第88页。

[55] 徐显明:《中国法理学的时代转型与精神进路》,《中国法学》2008年第6期,第6页。

时,对国家和政府权力的建构,也要在承认政府可能为非的前提下设计必要的权力约束制度。基本权利虽依赖国家履行保护义务,但不能完全丧失对国家的评价和调整能力。这有助于为国家转向提供缓冲,避免国家陷入从一个极端走向另一个极端的激烈动荡。

(二)基本权利走出革命建国逻辑的必要与必然

在建国目标的强大支配下,基本权利的公民权利属性不断黯淡,甚至呈现“权利的权力化”倾向。这或许是“五四宪法”难以回避的历史宿命。但在 1982 年宪法(下称“八二宪法”)颁行三十余年之后的今天,基本权利走出革命建国的政治逻辑不但必要,而且必然。

第一,国家观念的转型。1954 年制宪之时,追求独立自主、国富民强的国家观居于主导地位,国家存在的目的是为人民提供安全与秩序,经济建设、军事斗争和对外交往是主要的国家职能。“八二宪法”在进一步强调经济建设的职能之外,逐步将人权保障、权力制约的立宪理念注入国家观念之中,立宪理性一定程度上舒缓了革命斗争诉求的激烈性与非黑即白式的人民认定标准,使宪法的观念更加包容和宽容。国家对基本权利不仅负有尊重义务,而且负有保护义务与实现义务。国家不仅不能任意干预基本权利,而且还要保护基本权利免受非法限制,并采取适当措施促进其实现。

第二,权威来源的转变。马克斯·韦伯将统治类型划分三种:传统型统治、魅力(克里斯玛)型统治和合法型统治。^[56] 1954 年制宪时显然具有传统型与魅力型的特点,国家来自于革命传统,政权运行往往受到英雄和领袖人物意志的影响。当“建国之父”(founding fathers)走下神坛,革命法制和阶级斗争理论不再作为指导法制秩序的主线发挥作用,以宪法为核心的法规范秩序就应成为统治权威的根本来源。合法型统治要求国家权威建立在一部民主宪法的基础之上,以宪法为依据建立法治体系,以宪法为权力的根本约束。“坚持依法治国首先要坚持依宪治国,坚持依法执政首先要坚持依宪执政。”^[57] 依宪治国与依宪执政既表明国家面临的新历史使命,也确认了治国与执政的根本依据。

第三,人的主体地位的重新发现。在公民、人民和国家这三者的关系上,随着宪法规范性的不断提高,作为法律概念的“公民”与作为政治概念的“人民”与“国家”的关系进一步合理化,“公民”直接与“国家”建立法规上的联系,无需政治性的经由“人民”转达。“公民是人民的基础,是人民的单元。人民的权利是通过公民的权利来体现的。公民权利的实现程度是人民与国家关系最好的说明。”^[58] 人民在公民之上的政治结构,改变为人民由公民构成的法律结构。公民观念的提升,进一步促进对“人”的地位的认知。2004 年,在“五四宪法”颁行整整半个世纪之后,“国家尊重和保障人权”写入现行宪法。“在宪法中作出尊重和保障人权的宣示,体现了社会主义制度的本质要求。”^[59] 宪法写入人权条款的一大重要意义在于提出了个体意义上的人的独立地位。具体来说,“国家有义务保障每一个人的尊严和人格免受其他人的侵犯;有义务在行使国家权力的过程中尊

[56] [德]马克斯·韦伯著:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 241 页。

[57] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《人民日报》2014 年 10 月 29 日第 1 版。

[58] 徐显明:《坚持和发展人民当家作主的好制度》,《求是》2014 年第 19 期,第 13 页。

[59] 王兆国:《关于〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明》,《人民日报》2004 年 3 月 9 日第 2 版。

重每一个人的尊严和人格,不得侵犯每一个人的尊严和人格。”^[60]人权入宪使得个人在面对国家的时候,获得了独立的、有尊严的宪法地位。进一步的,作为基本权利主体的公民和个人要援引宪法和法律维护自己的基本权利。

(三)基本权利的主观权利功能之提倡

尊重和保障个人的主体地位,需要构建以主观权利为核心的基本权利秩序。“五四宪法”制定之前和之后的很长一段时间里,国家主义和集体主义在我国的政治和社会生活中居于绝对主导地位,个人的宪法地位体现的并不充分。强调个人对集体、社会的义务是我国宪法观的一个特点,不过这要对三者关系作出合理定位。个人存在于集体和社会之中,但个人拥有独立的主体地位,国家存在的目的是实现每个人的自由发展。只见国家不见个人并不符合社会主义宪法的本质要求。夏勇教授在反思中国的民权思想时曾批评:“民权的政治浪漫主义立足于人民主权,也浪漫于人民主权。它往往忘记了民权里的‘民’是个体的活生生的人,而且,作为权利主体,还应当在自己与政府之间始终预设一种结构性的紧张关系。正是由于这种不该有的忘却,民权的政治浪漫主义往往以人民主权来解说民权,导致民权主体的虚置和民权要求的不能落实,乃至民主从‘民为主’变为‘民之主’,民权从‘公民之权’变为‘政府之权’。”^[61]如果任由公权力意志吸纳个人的自由意志,“集体的国民身体在位阶上永远优先于任何个别的国民身体”,^[62]那么会陷入一个新的、更牢固的政治藩篱。在人权业已入宪的背景下,充分尊重个人的主体性应当成为宪法的核心关怀,成为塑造自由美德的伦理基础。

那么,何为以主观权利为核心的基本权利秩序?按照基本权利教义学开拓者之一的G·耶利内克^[63]的看法,“主观权利是由法制所承认和保护的对特定利益或利益的人的意志权力。只有当某个针对利益和利益的意志权力被法律承认时,相应的权利才能被个人化,这一权利才能与特定的人发生关联。这种关联构成了认定主观权利的根本标准。”^[63]作为主观权利的基本权利,一方面确立国家的法律地位及其与个人的法律关系,另一方面为国家权力运行划定界线。基本权利本身也是支配公权力运行的客观法则。这样,通过基本权利,“个人得依据自己的意志向国家提出要求,而国家必须按此要求作为或者不作为。……如果个人依据其基本权利向公权力主体提出一项请求,公权力主体就负有相应的作为或者不作为义务,如果公权力主体没有履行此义务,个人可以请求司法救济。”^[64]因此,主观权利体系构建的是个人与国家受宪法和法律支配的秩序,而不是道德或政治支配的秩序。只强调道德内涵的基本权利,主张权利的各项内容人人都可达到,但这是不现实的。以主观权利为核心的宪法秩序,不执着于权利的道德争论,而是通过制度理性赋予基本权利以开放性,一切有助于基本权利实现的具体制度都纳入基本权利体系之中。

[60] 胡锦涛:《论以人为本的“人”》,《法商研究》2008年第1期,第49页。

[61] 夏勇著:《中国民权哲学》,三联书店2005年版,第39页。

[62] 沈松桥:《国权与民权:晚清的“国民”论述,1895-1911》,《中央研究院历史语言研究所集刊》第73本第4分(2002年12月),第719页。

[63] [德]格奥格·耶利内克著:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第41页。

[64] 张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期,第25页。

六 围绕主观权利功能形成宪法秩序的动力机制

(一) 新宪法秩序的目标:国家在宪法中运行

围绕主观权利功能形成宪法秩序的中心目标是调整国家与宪法的关系,使国家在宪法中运行。围宪之初的国家拥有超越宪法的实力,但行宪的过程是将国家纳入宪法的过程。宪法的主体性、自主性和最高地位必须得到保证,否则我们的国家观就仍然停留在革命建国的时空中而不能升华。当我们走出革命的国家观,国家正当性的依据就要从革命胜利这一历史事实转化成宪法成立这一法律行为,国家就要从宪法的笼罩者转型为通过宪法而正当、依据宪法而合法的法律主体。这样,国家也要依赖于宪法和法律,“国家不是最高的,它只是能进行自我组织和自我统治,它本身必须受法的约束。”^[65]在人民主权理念下,宪法在实证法规范体系中享有最高位阶的规范效力是必然的逻辑。“宪法若欲自我主张其最高规范性,则必得排除由其所建构的国家或法体系内,其他高于宪法的权力主张。”^[66]因此,将权力中心由政治系统转向法规范系统,是保证宪法最高地位的必要工作。为此,首先要倡导形式理性的宪法观,使建立在宪法文本之上的规范世界与生活世界相互联结。进而,以宪法审查制度将国家行为纳入宪法判断的范围,使宪法真正成为“限法”与保障法。“宪法保障意味着,为实现此功能提供安全机制,即法律限制不能被超越。”^[67]它的目标是防范国家权力被以人民意志、公意或者公共利益为由的滥用。

(二) 支持主观权利功能的法律制度

形成以主观权利功能为核心的基本权利秩序,需要形成“遇事找法”、“解决问题靠法”的内心自觉。法国比较法学家勒内·达维德曾评价中国人的内心有远离法律和法院的倾向:“中国人民一般是在不用法的情况下生活的。他们对于法律制定些什么规定,不感兴趣,也不愿站在法官的面前去。他们处理与别人的关系以是否合乎情理为准则。”^[68]这部分是因为中国的伦理传统,另一部分原因则在于缺乏足堪使用的法律和司法制度。因此,存有支持主观权利功能的法律制度尤其是宪法制度是“找法”、“靠法”的前提。

G·耶利内克指出:“任何主观权利都以法制的存在为前提,主观权利被法制创设、承认,并被法制或强或弱地加以保护。”^[69]其中必不可少的法制是立法制度和宪法审查制度。立法制度应当优先确立国家的法人格地位,将“个人受国家支配”改造为“个人向国家主张”的关系结构,个人拥有对国家的请求权,明确国家对基本权利的保护义务。具体而言,创设、承认和保护主观权利的法制至少应当包括以下方面:

[65] [德]米歇尔·施托莱斯著:《德国公法史(1800-1914):国家法学说和行政学》,雷勇译,法律出版社2007年版,第614页。

[66] 蔡宗珍著:《宪法与国家(一)》,元照出版公司2004年版,第54页。

[67] [奥]汉斯·凯尔森:《谁应该成为宪法的守护者》,张奠译,载许章润主编:《民族主义与国家建构》,法律出版社2008年版,第251页。

[68] [法]勒内·达维德著:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第487页。

[69] [德]格奥格·耶利内克著:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第10页。

第一,选举与代表制度。选举制度的目标是通过宪法规定的程序,将人民意志转换为国家意志和法律意志。这是构成全部公权力行为的民主正当性的依据。通过民主选举产生的代表者是宪法规范系统中的主权化身,他们将散乱的个人意志通过公开的程序凝结成公共意志。“代表者必须顾及公意与众意两个维度,唯有如此,才能在多元化的现实面前,既为个人自由容留出必要的空间,又为政治统一不断注入生命的活力。”^[70]同时,在选举和代表制度中,民主回授问题值得高度重视。民主回授如同决算,是对代表者及其行为的定期评估和重新决定。“公众须经很短的时间间隔,重新对重要的人员与事务备选方案进行判断和选择。如果整体系统的这种民主要素缺失,代议制体系就会蜕变为一种纯粹的表面民主。”^[71]

第二,言论自由。在现代法治国家,言论自由的意义是不言而喻的。任何人都不能垄断真理,即便错误言论也值得平等对待。言论自由能够防范表面民主架空法治,亦有助于调和对立性价值,促进不同利益主体自愿达成共识。随意压制言论实际上是对公权力合法性、正当性的自戕。凡是与言论的形成、表达相关的权利都应给予充分尊重的保障,包括广电自由、新闻自由以及集会结社自由等。

第三,请求权规范。作为主观权利的基本权利是个人能够直接向国家主张的请求权,“主观公法权利仅由那些直接建立在法律身份上的请求权构成。”^[72]请求权要得到实现,就要有确立请求权的法律一般规范,即请求权规范。国家和个人之间的关系通过法律调整,个人通过具体的法律制度获得要求国家给予、作为和承担责任的请求权。这种法律规范构成了“请求权基础”。如果没有这样的请求权基础,就没有请求权。因此,制定确认请求权的法律规范,是基本权利发挥主观权利功能的规范前提。

(三) 面向具体领域的基本权利规范体系

作为形成新宪法秩序的制度支撑,上述支持主观权利功能的法律制度必得实效化,并受到保障。在我国现行宪政体制框架下,司法审查并非弥合宪法规范、法律制度与社会现实之间距离的最恰当方式,至少不是最有效可行的方式。这并非否认司法审查机制对于基本权利保障的重要性和必要性,而是说在当前我国的宪法实施体制中,试图通过司法审查一劳永逸地开启基本权利的保护机制,固然完整了请求权规范体系,却不够现实。同时,八二宪法的规范性程度也给面向司法过程的宪法适用带来解释上的挑战。因此,我们有必要从中国宪制的经验出发,从具体的社会领域着手,构建具体领域的基本权利规范体系。事实上,我们在这方面已经初步具备了实践基础。典型的例子是平等权。从被称为“中国宪法平等权第一案”的蒋韬诉中国人民银行成都分行招录行员限制身高行政诉讼案,到教育平等、性别平等、经济地位平等等诸多领域,平等权的规范内涵与保障体系已经相对完整的得到形成。因此,“从社会现实出发,抽象出各个领域基本的结构性规范,再经由规范与规范领域的相互指涉和循环诠释,最终形成有关这一领域的秩序基础”,^[73]藉

[70] 刘刚:《现代政治代表的历史类型与体系结构》,《中外法学》2014年第3期,第656页。

[71] [德]齐佩利乌斯著:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第236页。

[72] [德]格奥格·耶利内克著:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第78页。

[73] 赵宏:《规范宪法的困境与未来——兼论如何克服司法审查缺失下的宪法实施困局》,《比较法研究》2014年第4期,第24页。

由立法、行政和司法权力的协同保护,使基本权利具备“形而下”的现实根基,有助于主观权利功能在具体领域中分别实现。同时,公民针对具体权利的诉求是构建具体领域基本权利规范体系的持续动力。

七 结 语

回视新中国成立六十余年的宪法和政治实践,不断赋予宪法规范以社会生命力是一个发展趋势。在对宪法理解的方式上,单纯依赖政治宣导的边际效用正在递减,参与、商谈则能强化宪法实施的理性程度。在这个过程中,以主观权利功能面向为核心的基本权利功能体系的建立,是使从文本意义上的宪法走向“活的宪法”的必然选择。当围绕基本权利的主观权利功能而形成宪法秩序,那么基本权利的实现就不再只依靠道德热情、价值宣教与权力庇护,宪法就不再藏身于国家和政治的屋檐之下。而当宪法在面对国家和政治时拥有自主地位,能够作为约束权力的框架与规范发挥决定性作用时,我们就可以说,这是一种通过宪法治理而获得的国家秩序,这种秩序本身是合宪的,经由宪法塑造的共同体也是稳定和牢固的。

[本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“我国宪法第 51 条的内涵与效力研究”(批准号 13YJC820098)的阶段性成果。]

[Abstract] The core objective of the 1954 Chinese Constitution was to construct a socialist state. Guided by this objective, the norms defining the fundamental rights of the Chinese citizens in the 1954 Constitution embodied explicit political pursuits and coercive demands of the state. They must not only protect the rights of citizens, but also meet the needs the politic reality at that time. The 1954 Constitution legalized the construction of the state through revolution. As a result, norms of fundamental rights, dominated by the political process and with state building as its core, played an essential role in regulating and unifying values of different social groups. However, over-emphasizing the political objective of state building through revolution had distorted constitutional practice. After abandoning the revolutionary view of the state, China must base the legitimacy of the state on the legal act of adoption of the Constitution, rather than on the historical fact of the victory of revolutionary. To this end, it is necessary to advocate the subjective rights function of fundamental rights, so as to establish a new order under which both citizens and the state will be governed by the constitution and the law.

(责任编辑:支振锋)